



Asamblea General

Distr. general
10 de agosto de 2018
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

39º período de sesiones

10 a 28 de septiembre de 2018

Temas 3 y 5 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

Órganos y mecanismos de derechos humanos

Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos

Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Resumen

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas llevó a cabo el presente estudio sobre un enfoque basado en los derechos humanos del consentimiento libre, previo e informado de conformidad con el mandato que le confiere la resolución 33/25 del Consejo de Derechos Humanos.

El estudio concluye con la Opinión núm. 11 del Mecanismo de Expertos sobre los pueblos indígenas y el consentimiento libre, previo e informado.



I. Introducción

1. El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de conformidad con el mandato que le confiere la resolución 33/25 del Consejo de Derechos Humanos, decidió en su décimo período de sesiones, celebrado un julio de 2017, preparar un estudio sobre el consentimiento libre, previo e informado a que se refieren diversas disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. A ese fin, organizó un seminario en Santiago los días 5 y 6 de diciembre de 2017. En el presente estudio se tuvieron en cuenta las presentaciones hechas en el seminario, así como las hechas por los Estados miembros, pueblos indígenas, instituciones nacionales de derechos humanos, académicos y otros¹.

2. El estudio apunta a contribuir a una clara comprensión del consentimiento libre, previo e informado en el contexto de las prácticas e interpretaciones que van surgiendo de esta norma de derechos humanos consagrada en la Declaración. Teniendo en cuenta los 11 años de promoción y jurisprudencia que han transcurrido desde la aprobación de la Declaración, no se trata de que el presente estudio sea exhaustivo o definitivo sino de que aporte una contribución al *corpus* de orientación interpretativa que está actualmente a disposición de los Estados, los pueblos indígenas y otros que trabajan en cuestiones de interés para estos pueblos.

II. La base de derechos humanos del consentimiento libre, previo e informado

3. El consentimiento libre, previo e informado es una norma de derechos humanos basada en los derechos fundamentales a la libre determinación y a no ser objeto de discriminación racial que garantizan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Las disposiciones de la Declaración, incluidas las que hacen referencia al consentimiento libre, previo e informado, no crean nuevos derechos para los pueblos indígenas, sino que ofrecen una versión de los principios y las normas generales de derechos humanos en el contexto de las circunstancias concretas históricas, culturales y sociales de los pueblos indígenas (véase A/HRC/9/9, párr. 86), como se indica en las secciones siguientes.

4. De conformidad con el derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas siempre han tenido la facultad inherente de concertar acuerdos obligatorios entre ellos y otras entidades. El concepto y la práctica contemporáneos de acuerdos consensuales y negociados entre los indígenas y Gobiernos de Estados están profundamente arraigados en el histórico proceso de concertación de tratados que caracterizó las relaciones entre pueblos indígenas y Estados durante varios cientos de años en muchas regiones del mundo y que persiste en muchos lugares en que esos tratados siguen siendo la ley vigente², incluso a pesar de que muchas veces no se han cumplido³. Históricamente, y aún hoy, puede ser difícil para los pueblos indígenas negociar con Estados en condiciones de colonización y de las muchas otras limitaciones que suele caracterizar su situación en todo el mundo.

5. Sin embargo, y tal como concluye el Relator Especial Miguel Alfonso Martínez en su informe final, el proceso de negociación y de búsqueda de consentimiento inherente a la elaboración de tratados es el más adecuado no solo para conseguir la efectiva contribución de los indígenas a todo esfuerzo dirigido, en último término, al reconocimiento y la

¹ Todas las presentaciones se pueden consultar en: www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/StudyFPIC.aspx.

² Por ejemplo, el Tratado núm. 6 entre la nación Cree y otras naciones con la Corona Británica, de 1876, hace referencia en el párrafo 3 al requisito de que hubiera "consentimiento", y lo mismo ocurría en el artículo 16 del Tratado de Fort Laramie, de 1868, entre los Estados Unidos de América y los estados Oceti Sakowin.

³ *United States v. Sioux Nation of Indians*, 448 U.S. 371 (1980).

restitución de sus derechos y libertades, sino también para establecer unos mecanismos prácticos que faciliten la realización y el respeto de sus derechos ancestrales y de los que figuran en textos nacionales e internacionales. Esta es, pues, la estrategia más adecuada para la resolución del conflicto de las cuestiones indígenas en todos los niveles y con un consentimiento libre y consciente de los indígenas (véase E/CN.4/Sub.2/1999/20, párr. 263). También mencionó el extendido deseo de que se estableciera un nuevo y diferente tipo de relación, más sólida, pero muy distinta de la relación conflictiva y con frecuencia amarga que hasta ahora se ha mantenido con el sector no indígena de la sociedad en los países donde coexisten (*ibid.*, párr. 262). En este contexto, los principios relativos al consentimiento libre, previo e informado que enuncia la Declaración revisten particular importancia para la relación entre los pueblos indígenas y los Estados ahora y de cara al futuro.

A. Libre determinación

6. El derecho a la libre determinación es el derecho humano fundamental en que se basa el consentimiento libre, previo e informado e incluye aspectos internos y externos⁴. Históricamente, el derecho a la libre determinación, que tiene sus principios en el movimiento de descolonización, obedecía al propósito de que las naciones y los pueblos subyugados pudiesen recuperar su autonomía, decidir su propio destino, tomar decisiones por sí mismos y controlar sus recursos⁵. De hecho, el derecho a la libre determinación se consideraba un derecho básico que incluía otros derechos de pueblos y naciones a no ser objeto de coacción de ningún tipo, de vivir en dignidad y de ejercer por igual todos los derechos, entre ellos el de ser responsable de su futuro, de ser plenamente informados y de estar en condiciones de rechazar o aceptar libremente ofertas, planes, proyectos, programas o propuestos que afecten a ellos mismos o a sus recursos.

7. Por lo tanto, los conceptos de ser libres, ser plenamente informados, tener derecho a aceptar o rechazar y controlar su propias tierras y recursos como naciones o pueblos no son nuevos en el derecho internacional de los derechos humanos⁶. Estos conceptos dimanaban del derecho a la libre determinación, en el cual la Declaración funda sus disposiciones relativas al consentimiento libre, previo e informado como medio de llevar a la práctica el derecho a la libre determinación teniendo en cuenta la situación histórica, cultural y social especial de los pueblos indígenas.

8. En el marco jurídico internacional en que se conceptualizaba el derecho a la libre determinación se prestaba especial atención a la necesidad de que los pueblos y las naciones recuperaran el control sobre sus tierras y sus recursos naturales como importante elemento constitutivo de ese derecho⁷. Es por esa razón que el consentimiento libre, previo e informado es particularmente pertinente a las tierras y los recursos.

B. No discriminación

9. El consentimiento libre, previo e informado tiene también como fundamento el marco de derechos humanos concebido para dismantelar las bases estructurales de la discriminación racial contra los pueblos indígenas. La doctrina del descubrimiento⁸, junto

⁴ Véase Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* (Cambridge, Cambridge University Press, 1995).

⁵ Véase la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General.

⁶ Véanse la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General y Nicolaas Schrijver, "Self-determination of peoples and sovereignty over natural wealth and resources" en *Realizing the Right to Development: Essays in Commemoration of 25 Years of the United Nations Declaration on the Right to Development* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.12.XIV.1).

⁷ Véase Marion Mushkatt, "The process of decolonization: international legal aspects", *University of Baltimore Law Review*, vol. 2, núm. 1 (Winter 1972).

⁸ Véanse las recomendaciones formuladas por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas tras su examen de "La doctrina del descubrimiento: su repercusión duradera en los pueblos indígenas y el derecho a recibir reparación por conquistas del pasado" (véase E/2012/43-E/C.19/2012/13).

con otras doctrinas de conquista que justificaban el marco jurídico y de política para desposeer a los pueblos indígenas de sus tierras y aniquilar sus culturas, se fundaba en principios y teorías raciales que consideraban que los pueblos indígenas eran seres inferiores que por ningún motivo podían poseer tierras y decidir su propio futuro. El movimiento internacional en pro de los derechos de los pueblos indígenas que tuvo lugar en los años sesenta y setenta puso de relieve la discriminación racial y la vulneración de los derechos humanos a que en forma sistémica hacían frente los pueblos indígenas y llevó a que la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías hiciera un estudio de la cuestión⁹, que, con el tiempo, dio lugar a la preparación de la Declaración en calidad de doble marco que combinaba los derechos a reparación y los derechos permanentes.

10. Ya en 1997, diez años antes de que la Asamblea General aprobara la Declaración, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial había llegado a la conclusión de que la discriminación racial constituía la principal causa subyacente de la mayor parte de la discriminación de que eran objeto los pueblos indígenas. El Comité afirmó que la discriminación contra los pueblos indígenas era una cuestión que incumbía a la Convención y que debían tomarse todas las medidas apropiadas para combatirla y eliminarla¹⁰. El Comité se refirió expresamente al “consentimiento” como norma de derechos humanos que apuntaba a refutar falsas doctrinas y dismantelar estructuras conceptuales que desposeían y privaban de poder a los pueblos indígenas. Exhortó a los Estados a que garantizaran que los miembros de las poblaciones indígenas gozaran de derechos iguales con respecto a su participación efectiva y en la vida pública y a que no se adoptara decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado¹¹. Exhortó asimismo a los Estados a que reconocieran y protegieran los derechos de las poblaciones indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales y, en los casos en que se les hubiera privado de sus tierras y territorios de los que tradicionalmente eran dueños o se hubieran ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de aquellas poblaciones, a que adoptaran medidas para que fueran devueltos¹².

III. El consentimiento libre, previo e informado como norma de derechos humanos

A. Fundamentación

11. El consentimiento libre, previo e informado a que se refiere la Declaración tiene tres grandes fundamentos. En primer lugar, apunta a devolver a los pueblos indígenas el control sobre sus tierras y recursos, como se indica en el artículo 28. Algunos autores aducen que el consentimiento libre, previo e informado tiene sus orígenes en el principio del título nativo, según el cual los pueblos nativos tienen derecho a la tierra sobre la base de su derecho consuetudinario y su relación sostenida con la tierra¹³ y otros sostienen que la doctrina legal histórica establece sólidamente los derechos soberanos de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos ancestrales como cuestión de derecho internacional de larga data¹⁴. En segundo lugar, se funda en la posibilidad de que el consentimiento libre, previo e informado devuelva a los pueblos indígenas su integridad cultural, su orgullo y su autoestima, como se indica en el artículo 11 de la Declaración. Parte del patrimonio cultural de los pueblos

⁹ Véase el “estudio Martínez Cobo” (E/CN.4/Sub.2/476 y Add.1 a 5; E/CN.4/Sub.2/1982/2 y Add.1 a 7; y E/CN.4/Sub.2/1983/21 y Add.1 a 7).

¹⁰ Véase la recomendación general núm. 23 (1997) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a los derechos de los pueblos indígenas.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ Véase la presentación de MacInnes, Colchester y Whitmore.

¹⁴ S. James Anaya, “Divergent discourses about international law, indigenous peoples, and rights over lands and natural resources: toward a realist trend”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (Spring 2005).

indígenas, con inclusión de restos humanos, apropiados sin su consentimiento, sigue en poder de otros. En tercer lugar, el consentimiento libre, previo e informado puede rectificar el desequilibrio de poder entre los pueblos indígenas y los Estados con miras a forjar nuevas alianzas sobre la base de derechos y del respeto mutuo entre las partes (véase A/HRC/EMRIP/2010/2), como se indica en los artículos 18 y 19 de la Declaración.

B. Índole del consentimiento libre, previo e informado como norma de derechos humanos

12. La Declaración reconoce derechos colectivos y protege identidades, bienes e instituciones colectivas, en particular la cultura, la adopción de decisiones internas y el control y la utilización de tierras y recursos naturales. El carácter colectivo de los derechos indígenas forma parte intrínseca de la cultura indígena y sirve de bastión contra la desaparición por asimilación forzada.

13. El consentimiento libre, previo e informado funciona fundamentalmente como salvaguardia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por lo tanto, ningún miembro de una comunidad indígena puede por sí solo hacer valer o ejercer ese derecho. La Declaración establece derechos de los pueblos indígenas que son tanto individuales como colectivos. En sus disposiciones relativas a los dos tipos de derechos, enuncia textos que distinguen claramente entre los “pueblos indígenas” y los “individuos”. En todo caso, y esto es comprensible, ninguna de las disposiciones de la Declaración que se refieren al consentimiento libre, previo e informado (arts. 10, 11, 19, 28, 29 and 32) hace referencia alguna a los individuos. Al “individualizar” esos derechos se contravendría el propósito a que supuestamente han de obedecer¹⁵.

C. Alcance del consentimiento libre, previo e informado

1. Consentimiento libre, previo e informado: derecho a la consulta, a la participación y a las tierras y recursos

14. El consentimiento libre, previo e informado es una manifestación del derecho de los pueblos indígenas a determinar por sí mismos sus prioridades culturales, sociales, económicas y culturales. Se trata de tres derechos relacionados entre sí y acumulativos: el derecho a ser consultados, el derecho a participar y el derecho a sus tierras, territorios y recursos. Según la Declaración no puede haber consentimiento libre, previo e informado si falta uno de esos componentes.

15. Las obligaciones de los Estados de consultar con los pueblos indígenas deben consistir en un proceso cualitativo de diálogo y negociación que tenga el consentimiento como objetivo (véase A/HRC/18/42, anexo, párr. 9). La Declaración no prevé un momento o un acto únicos, sino un proceso de diálogo y negociación en el curso de un proyecto, desde la planificación hasta la ejecución y el seguimiento. El empleo en la Declaración de los términos acumulativos “celebrarán consultas y cooperarán” denota el derecho de los pueblos indígenas de incidir en el resultado de los procesos de toma de decisiones que les afecten y no simplemente el derecho de hacer oír sus opiniones (véase A/HRC/18/42). Da a entender al mismo tiempo la posibilidad de que los pueblos indígenas hagan una propuesta distinta o propongan un modelo distinto como alternativa al propuesto por el Gobierno o por otro.

16. El anterior Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, destacó que los términos un poco diferentes de la Declaración sugerían que se hacía más hincapié en que las consultas fueran negociaciones en procura de acuerdos igualmente aceptables y se celebrasen antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se habían adoptado o estaban en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso (A/HRC/12/34, párr. 46).

¹⁵ Véase Siegfried Weissner, “Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12 (1999).

Asimismo, en muchos casos la consulta será el punto de partida para recabar el consentimiento libre, previo e informado.

17. El derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones se enuncia en forma separada en el artículo 18 de la Declaración, disposición que tiene como base el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantiza a todos los ciudadanos el derecho a “participar en la dirección de los asuntos públicos”. En la Declaración, este derecho general a participar es adaptado a las necesidades y circunstancias de los pueblos indígenas para tratar de alcanzar dos objetivos: en primer lugar, rectificar en el hecho y en el derecho la exclusión de los pueblos indígenas de la vida pública o de los procesos de toma de decisiones en que inciden muchos factores, entre ellos los prejuicios en su contra, un bajo nivel educacional, dificultades para obtener documentos de ciudadanía o identidad y la no participación en los procesos electorales y en instituciones políticas y, en segundo lugar, revitalizar y restablecer las instituciones representativas y de toma de decisiones propias de los pueblos indígenas de las que se ha hecho caso omiso o que han sido abolidas. Es preciso reconocer a estas instituciones, revitalizarlas y darles posibilidades de participar en la toma de decisiones.

18. El Comité de Derechos Humanos se ha referido también al derecho de los pueblos indígenas a participar en una forma que vaya más allá de la consulta e indicado que la participación en el proceso de toma de decisiones debe ser “efectiva”¹⁶. Los órganos de supervisión de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han puesto de relieve la conexión entre las consultas y la participación¹⁷. La participación conlleva más que una mera consulta y debe incluir la formulación de iniciativas por los pueblos indígenas. En ese sentido, los conceptos entrelazados de consulta y participación son mecanismos para que los pueblos indígenas puedan determinar sus propias prioridades en el proceso de desarrollo y ejercer control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural¹⁸.

19. Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, recursos y territorios constituyen también parte integrante del consentimiento libre, previo e informado, tal como lo interpreta la Declaración. El derecho a “poseer, utilizar, desarrollar y controlar” las tierras, los territorios y los recursos (art. 26) da lugar a un derecho al consentimiento libre, previo e informado coherente con el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. En este contexto, la función del consentimiento libre, previo e informado consiste en salvaguardar la identidad cultural de los pueblos indígenas, inseparablemente unida a sus tierras, recursos y territorios.

2. Elementos constitutivos del consentimiento libre, previo e informado

20. Como afirma la Declaración, las decisiones de dar o no dar el consentimiento deben ser libres y el término “libre” se entiende en el sentido de que deben tenerse en cuenta los factores directos e indirectos que pueden obstar a la libre voluntad de los pueblos indígenas. A ese fin, para que un proceso de consulta revista verdaderamente la forma de un diálogo y una negociación para obtener el consentimiento, deben darse los siguientes elementos pues, de lo contrario, su legitimidad puede quedar en entredicho:

a) El contexto o entorno del proceso debe estar libre de intimidación, coacción, manipulación (véase A/HRC/18/42, anexo, párr. 25) y hostigamiento, de manera que el proceso de consulta no limite o restrinja el acceso de los pueblos indígenas a normas, servicios y derechos existentes;

b) Las características de la relación entre las partes deben incluir la confianza y la buena fe y no sospechas, acusaciones o amenazas, criminalización (véase A/HRC/39/17), violencia contra pueblos indígenas o prejuicios en su contra;

c) Los pueblos indígenas deben tener el derecho de ser representados en la forma en que lo requieran tradicionalmente sus propias leyes, costumbres y protocolos,

¹⁶ Véase *Poma Poma c. el Perú* (CCPR/C/95/D/1457/2006), párr. 7.6.

¹⁷ Véase Comité de Expertos de la OIT sobre la Aplicación de los Convenios y las Recomendaciones, observación general sobre los pueblos indígenas y tribales (observación núm. 2010/81).

¹⁸ Véase Organización Internacional del Trabajo, *Comprender el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169): Manual para los mandantes tripartitos* (Ginebra, 2013), pág. 19.

prestando atención a la representación de los géneros y de otros sectores de sus comunidades. Los pueblos indígenas deben determinar cuáles de sus propias instituciones y líderes los representan y en qué forma lo hacen. Por ello, deben tener el derecho a resolver las cuestiones de representación internacional sin injerencia alguna;

d) Los pueblos indígenas deben tener derecho a orientar y dirigir el proceso de consulta y la facultad de determinar cómo se celebrará y cuál será su curso. Para ello, deben ser consultados cuando se prepara el propio proceso de consulta y tener ocasión de dar a conocer y utilizar o formular sus propios protocolos de consulta. Deben ejercer control suficiente sobre el proceso y no sentirse obligados a participar o a seguir participando;

e) Los pueblos indígenas deben tener el derecho a indicar sus expectativas y contribuir en la tarea de establecer métodos, cronogramas, emplazamientos y evaluaciones.

21. Todo proceso para obtener el consentimiento libre, previo e informado debe preceder asimismo cualquier otra decisión de dar curso a una propuesta y debe comenzar en la etapa más temprana posible de la formulación de la propuesta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa *El pueblo Saramaka c. Suriname* (2007) (la causa *Saramaka*) emplea los términos “primeras etapas” y “aviso temprano”. A esos efectos, el componente “previo” del consentimiento libre, previo e informado debe:

a) Hacer participar a los pueblos indígenas tan pronto como sea posible. La consulta y participación deben tener lugar en las etapas de conceptualización y diseño, en lugar de comenzar en una etapa tardía de la marcha de un proyecto, cuando ya se han decidido detalles fundamentales;

b) Dejar el tiempo necesario para que los pueblos indígenas absorban, entiendan y analicen la información y emprendan sus propios procesos de toma de decisiones (véase A/HRC/18/42, anexo, párr. 25).

22. Las consultas en el contexto del consentimiento libre, previo e informado deben ser “informadas”, lo que significa que:

a) La información que proporcione debe ser de índole suficientemente cuantitativa y cualitativa, así como objetiva, exacta y clara;

b) La información debe presentarse en una forma que los pueblos indígenas puedan entender y, de ser necesario, traducida a una lengua que entiendan. Las consultas deben llevarse a cabo mediante procedimientos culturalmente adecuados, que respeten las tradiciones y formas de organización de los pueblos indígenas de que se trate (véase A/HRC/18/42). El contenido sustantivo de la información debe incluir la índole y el tamaño del proyecto, el ritmo a que se construirá y la reversibilidad y el alcance del proyecto o la actividad que se proponga (véase E/C.19/2005/3); las razones del proyecto, las zonas que serán afectadas, las evaluaciones de impacto social, ambiental y cultural; el tipo de indemnización o de participación en los beneficios y todos los posibles efectos y perjuicios de la actividad propuesta¹⁹;

c) Es necesario proporcionar a las instituciones representativas o los mecanismos de toma de decisiones de los pueblos indígenas recursos y capacidad suficiente, cuidando al mismo tiempo de no comprometer su independencia. Hay que poner a esas instituciones o procesos en condiciones de resolver dificultades prácticas, de ser necesario mediante iniciativas de creación de capacidad para informar a los pueblos indígenas de sus derechos en general antes del proceso de consulta o en el curso de este. Por ejemplo, el Consejo para el Referendo de Australia recomendó que el Gobierno de ese país examinara las propuestas preparadas por los pueblos aborígenes y los pueblos isleños del estrecho de Torres en el curso de 13 diálogos regionales y de una convención constitucional indígena que había tenido lugar en mayo de 2017 y en que se exhortaba a establecer una nueva institución pública representativa de las Primeras Naciones que se denominaría “Una voz para el Parlamento” y estaría basada en los artículos 18 y 19 de la

¹⁹ Programa de colaboración de las Naciones Unidas para la reducción de emisiones de la deforestación y la degradación de los bosques en los países en desarrollo, *Directrices sobre el Consentimiento Libre, Previo e Informado* (Ginebra, 2013).

Declaración²⁰. En dos causas (*Finmark Estate Agency v. Nesseby regional society* (la causa *Unjárga*) y *Norway v. Jovsset Ánte Iversen Sara* (la causa *Sara*)), el Tribunal Supremo de Noruega mencionó el consentimiento y la participación del Parlamento Sami para justificar su decisión de que la legislación nacional era conforme con el derecho internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, con inclusión de la Declaración, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales (núm. 169)²¹. Sin embargo, en la causa *Sara*, el Tribunal mencionó la participación del Parlamento Sami como justificación de su decisión, aunque no se había obtenido el consentimiento. Es preocupante que se utilice la participación para justificar decisiones del Estado en circunstancias de que no se ha obtenido el consentimiento, ya que ello podría disuadir a los pueblos indígenas de participar en procesos de toma de decisiones.

23. La circunstancia de no dar participación a los representantes legítimos de los pueblos indígenas puede obstar al consentimiento que se haya obtenido. Queda claro en la Declaración que los Estados y terceros deben consultar a los pueblos indígenas y cooperar con ellos “por medio de sus instituciones representativas” (arts. 19 y 32) y “de conformidad con sus propios procedimientos” (art. 18). Todas las partes deben asegurarse de que las mujeres, los niños²², los jóvenes y las personas con discapacidad estén representadas y tratar de comprender las consecuencias concretas que el programa o proyecto tendrá para ellos (véase A/HRC/18/42). Sin embargo, puede ser difícil identificar a los representantes legítimos de los pueblos indígenas. Los Estados deben tener presente que ha habido situaciones en que las instituciones decisorias de los pueblos indígenas han sido socavadas por el colonialismo y en que ha habido comunidades que han sido dispersas, desposeídas de sus tierras o reasentadas, incluso en zonas urbanas. Estas situaciones pueden hacer necesario que el Estado preste asistencia a fin de restablecer la capacidad de los pueblos indígenas para representarse adecuadamente. Es importante que los Estados o los terceros se cercioren de que las instituciones que apoyan a los pueblos indígenas y aducen representarlos tengan un mandato para ello.

D. Consentimiento

24. Como indicó el anterior Relator Especial, James Anaya, el consentimiento no es un instrumento independiente de legitimidad. El principio de consentimiento libre, previo e informado, al originarse en un marco de derechos humanos, no contempla el consentimiento como un simple sí a una decisión predeterminada (A/HRC/24/41, párr. 30). Esto significa que únicamente puede admitirse el consentimiento a una propuesta cuando cumpla los tres criterios de haber sido libre, previo e informado y ello quede de manifiesto en una declaración expresa de acuerdo.

25. El consentimiento es un principio fundamental que permite a los pueblos indígenas ejercer su derecho a la libre determinación, incluso respecto de una actividad de desarrollo que entrañe el control sobre sus tierras, recursos o territorios o los afecte de otra manera. En ese entendimiento se considera que los pueblos indígenas participan en las propuestas que les afectan y tienen derecho a dar o no dar su consentimiento.

26. La decisión de los pueblos indígenas de dar o no dar el consentimiento a una propuesta es resultado de su propia evaluación de su interés superior y el de las generaciones futuras. Cuando dan su consentimiento, proporcionan una importante autorización social y un entorno favorable para quien opere en sus tierras, territorios y recursos o en sus alrededores como han indicado muchos estudios e investigaciones,

²⁰ Véase www.referendumcouncil.org.au/final-report.

²¹ Véase www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/-norges-hoyesterett/rulings/rulings-2018/the-scope-of-collective-rights-of-use-to-land-in-nesseby-finnmark/, y www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2017-2428-a.pdf.

²² El Comité sobre los Derechos del Niño, en su observación general núm. 11 (2009), relativa a los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, señala que el derecho del niño a ser oído incluye el derecho a representación.

incluso realizadas por el sector privado²³. Los pueblos indígenas pueden no dar su consentimiento en diversas situaciones y con diversos fines o por diversos motivos:

a) Así puede ocurrir cuando, tras una evaluación, lleguen a la conclusión de que la propuesta no redundaría en su interés superior. Se espera que, de esa forma, la otra parte se convenza de no correr el riesgo de llevar a la práctica la propuesta. Los argumentos acerca de si los pueblos indígenas tienen un “veto” a ese respecto parecen redundar en desmedro de la legitimidad del concepto de consentimiento libre, previo e informado y menoscabarla;

b) Los pueblos indígenas pueden no dar su consentimiento temporalmente en razón de defectos en el proceso, que suelen consistir en el incumplimiento de las normas necesarias para que el consentimiento sea libre, previo e informado. Pueden pedir que la propuesta se ajuste o modifique o hacer una propuesta distinta;

c) La circunstancia de no dar el consentimiento puede indicar también una falta legítima de confianza en el proceso de consulta o en la iniciativa nacional. Así ocurre por lo general en los países en que el reconocimiento de los pueblos indígenas o la protección de sus derechos sobre tierras, recursos y territorios son insuficientes. Existen numerosos casos de pueblos indígenas que son hostigados o detenidos o a los que incluso se da muerte por resistirse a ofrecimientos de consulta que pueden hacerles caer en una trampa.

27. La circunstancia de no dar el consentimiento puede constituir un mecanismo positivo para la democracia y la gobernanza inclusiva y revestir importancia crítica para que, en última instancia, una propuesta o un proyecto culmine con éxito. El consentimiento de los pueblos indígenas debe darse “de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (Declaración, art. 34) y debe prestarse especial atención “a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad” y asegurarse de que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación (*Ibid.*, art. 22).

28. En todo caso, varios países y partes interesadas han adoptado una política por la cual no han de seguir adelante con el proyecto si los pueblos indígenas no dan su consentimiento. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas, en su guía de referencia sobre la Declaración²⁴, aconseja a sus miembros no dar curso a un proyecto si los pueblos indígenas no han dado su consentimiento. El Estado o la parte que decide seguir adelante después de que los pueblos indígenas no hayan dado su consentimiento entra en una zona gris desde el punto de vista legal y se expone a una revisión judicial o a otro tipo de mecanismo de recurso, que puede incluir tribunales internacionales, nacionales y regionales, o ante las propias instituciones de los pueblos indígenas (véanse los párrafos 38 a 41 *infra*);

29. Hay que tener especial cuidado con el caso de los pueblos indígenas que se han aislado voluntariamente o con los que se ha entrado en contacto recientemente y no imponerles el contacto, así como asumir la obligación de proteger sus territorios, sus recursos naturales y sus vidas. En el caso de los pueblos indígenas que se han aislado voluntariamente, la decisión expresada de no mantenerse en contacto o no tener una relación constante con otras sociedades o con el Gobierno puede constituir una manifestación de no consentimiento. Los Estados deben respetar su voluntad y están obligados a proteger sus vidas a través de la protección de sus territorios y recursos naturales²⁵.

30. En el caso de que un pueblo indígena opte por dar su consentimiento a un proyecto, ese consentimiento debe ser compatible con sus leyes, costumbres, protocolos y mejores prácticas, incluida la representación letrada cuando sea posible y la exija la ley. En muchos casos, si no todos, el consentimiento debe constar en un instrumento escrito, negociado por las partes y firmado por una autoridad legítima o un líder del pueblo, lo que puede incluir más de un grupo (véanse los párrafos 42 a 45 *infra*). Hay que cerciorarse de que el pueblo

²³ Cathal M. Doyle, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The Transformative Role of Free Prior and Informed Consent*, Routledge Research in Human Rights Law (Londres y Nueva York, Routledge, 2014), cap. 5.

²⁴ Véase www.unglobalcompact.org/library/541.

²⁵ Véase <http://periodicos.unb.br/index.php/ling/article/view/26661> (en portugués).

indígena comprenda cabalmente el proyecto y el Estado debe tomar medidas adicionales cuando se trate de pueblos indígenas con los que se haya entrado recientemente en contacto.

E. El consentimiento libre, previo e informado en la práctica

1. ¿Cuándo se necesita un consentimiento libre, previo e informado?

31. La Declaración contiene cinco referencias específicas al consentimiento libre, previo e informado (véanse los artículos 10, 11, 19, 29 y 32), que sirven de lista no taxativa de situaciones en que ese consentimiento debería ser aplicable. El consentimiento libre, previo e informado puede ser necesario para la aprobación y puesta en práctica de medidas legislativas o administrativas²⁶ o de cualquier proyecto que afecte a tierras, territorios y otros recursos de pueblos indígenas en el contexto a que se hace referencia en los párrafos siguientes. También es necesario en caso de traslado de pueblos indígenas de sus tierras o territorios o de almacenamiento de materiales peligrosos en sus tierras o territorios (arts. 10 y 29)²⁷.

32. El artículo 32 de la Declaración enuncia el papel que cabe al consentimiento libre, previo e informado en el ámbito del desarrollo de los recursos naturales. Esta disposición reviste especial importancia habida cuenta de los bien conocidos peligros y efectos que tienen las industrias de extracción respecto de los pueblos indígenas (véase A/HRC/24/41, A/HRC/21/52 y A/HRC/21/55). Como señala James Anaya, la regla general en el caso de proyectos de industrias extractivas dentro de los territorios de los países indígenas consiste en que no se deben realizar actividades sin su consentimiento libre, previo e informado. El consentimiento de los pueblos indígenas también puede ser necesario cuando las actividades extractivas afectan de otro modo a los pueblos indígenas (fuera de sus territorios) en función del carácter de los posibles efectos de las actividades en el ejercicio de sus derechos (véase A/HRC/24/41).

2. El principio de proporcionalidad

33. En varios artículos de la Declaración se exhorta a obtener el consentimiento libre, previo e informado cuando se trate de proyectos o cuestiones que “afecten” a los pueblos indígenas. Este concepto no se limita a las cuestiones que afecten exclusivamente a los pueblos indígenas. Por el contrario, las cuestiones que sean de aplicación amplia en la sociedad pueden afectar “a los pueblos indígenas en modo no percibidos por otros individuos de la sociedad” (véase A/HRC/12/34, párr. 43). Las medidas y los proyectos que, según se considere, “afecten” a los pueblos indígenas hasta el punto en que será necesario el consentimiento libre, previo e informado con arreglo a los artículos 19 y 32 incluyen “cuestiones que revistan una importancia fundamental para sus derechos, supervivencia, dignidad y bienestar” (A/HRC/21/55, párr. 27). Los factores pertinentes en esta evaluación incluyen las perspectivas y las prioridades de los pueblos indígenas de que se trate; la índole de la cuestión o de la actividad propuesta y sus posibles efectos en ellos teniendo en cuenta, entre otras cosas, los efectos acumulativos de injerencias o actividades anteriores²⁸ y las desigualdades históricas de que han sido objeto (véase A/HRC/18/42 y A/HRC/21/55).

²⁶ Muchos pueblos indígenas dan a entender que los programas de desarrollo social suelen tener efectos en su derecho consuetudinario, sus tradiciones y sus costumbres, con inclusión de bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales para los cuales debe obtenerse el consentimiento libre, previo e informado (véase la Declaración, art. 11, párr. 2; véase también <http://iphndefenders.net/statement-asia-indigenous-peoples-pact-asia-indigenous-peoples-caucus-agenda-4-study-advice-free-prior-informed-consent/>.)

²⁷ El artículo 29 de la Declaración constituye el fundamento de la revisión del Código Internacional de Conducta para la Distribución y Utilización de Plaguicidas y el examen del Convenio de Rotterdam sobre el Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos en el Comercio Internacional por el Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos.

²⁸ Véase la causa *Saramaka*.

34. La opinión de los pueblos indígenas de que se trate acerca de las posibles consecuencias más amplias de una decisión constituye el punto de partida para evaluar si una medida legislativa o administrativa o un proyecto que se refiera a sus tierras o territorios los afecta (véase A/HCR/18/42). Debe caber a los pueblos indígenas una importante función en la tarea de establecer si la medida o proyecto les afecta y, en la afirmativa, hasta qué punto. Los pueblos indígenas pueden poner de manifiesto posibles perjuicios que no sean evidentes para el Estado o para quien propone el proyecto y sugerir medidas para mitigarlos.

35. En cuanto a los efectos, el consentimiento es necesario si una medida o un proyecto probablemente ha de surtir efectos importantes y directos sobre la vida o sobre las tierras, los territorios o los recursos de los pueblos indígenas, (A/HRC/12/34, párr. 47). Se ha dicho que se trata de aplicar a la cuestión de los derechos de participación de los pueblos indígenas el método de una escala decreciente, lo que significa que el grado de participación efectiva que hay que garantizarles es función, esencialmente, de la índole y el contenido de los derechos y las actividades de que se trate²⁹. Corroboran esta opinión el Comité de Derechos Humanos³⁰, que habla de “efectos negativos sustanciales” y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos han vinculado la cuestión del consentimiento libre, previo e informado a la índole de la iniciativa propuesta y a los efectos que tendrá respecto de los derechos de los pueblos indígenas enunciados en el respectivo tratado de derechos humanos, enfoque que se ajusta a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹ y de la Comisión Africana sobre los Derechos de los Hombres y de los Pueblos³². En la evaluación de los efectos hay que tener en cuenta la índole, la escala, la duración y los efectos a largo plazo de la medida, como por ejemplo un daño en tierras comunitarias o un perjuicio para la integridad cultural de la comunidad.

36. Otros proyectos en que se requiere el consentimiento libre, previo e informado y que tienden a surtir “efectos negativos”, como se definen en la Norma 7 de la Corporación Financiera Internacional, incluyen los que están situados en tierras o se refieren a recursos naturales que estén en tierras objeto de propiedad tradicional o utilización consuetudinaria en los que repercutan de manera importante en el patrimonio cultural esencial de los pueblos indígenas o lo utilicen para fines comerciales, con inclusión de conocimientos, innovación o prácticas³³.

37. Varias decisiones de tribunales nacionales corroboran estos principios. El Tribunal Supremo del Canadá adoptó recientemente una visión amplia del consentimiento en la causa *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* (2014) y decidió que, una vez reconocido el derecho de una comunidad indígena a ejercer control sobre un determinado terreno, no es posible utilizarlo sin el consentimiento de ella³⁴. La Corte Constitucional de Colombia reconoce tres situaciones en que el consentimiento es obligatorio: el desplazamiento de pueblos indígenas, el almacenamiento de desechos tóxicos y aquella en que se pone en peligro la existencia del grupo³⁵. El Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia ha reconocido situaciones similares que justifican el consentimiento, como las determinadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁶. La Corte Constitucional de Colombia ha aceptado en general la necesidad de consentimiento en el caso de proyectos

²⁹ Gaetano Pentassuglia, *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law: A Comparative Perspective*, International Studies in Human Rights, vol. 102 (Brill/Nijhoff, 2009), pág. 113.

³⁰ Véanse *Länsmän y otros c. Finland* (CCPR/C/52/D/511/1992) y *Poma Poma c. el Perú*.

³¹ Véase la causa *Saramaka*.

³² Véase *Centre for Minority Rights Development v. Kenya*, núm. 276/03 (la causa *Endorois*).

³³ Véase Performance Standard 7 (2012) on Indigenous Peoples y Doyle, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*, cap. 5.

³⁴ Véanse más causas sustanciadas en el Tribunal Supremo del Canadá en Mauro Barelli, “Free, Prior and Informed Consent in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Jessie Hohmann and Marc Weller, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2018).

³⁵ Causa núm. T-129 de 3 de marzo de 2011.

³⁶ Causa núm. 2003/2010 R de 25 de octubre de 2010 y Barelli, “Free, Prior and Informed Consent”.

de desarrollo en gran escala que tengan lugar en tierras indígenas³⁷. El Tribunal Supremo de Belice se ha remitido expresamente al consentimiento libre, previo e informado y al artículo 32 de la Declaración, entre otros, para declarar finalmente que la circunstancia de no obtener el consentimiento antes de adjudicar concesiones o dar autorizaciones es contraria a derecho³⁸.

38. Ciertos derechos, como el de no ser objeto de tortura, no están jamás sujetos a limitación por parte de los Estados. Incluso en los casos en que esos derechos, en teoría, pueden ser limitados por los Estados de conformidad con el artículo 46, párrafo 2, de la Declaración, la limitación debe ser necesaria y proporcionada al propósito de alcanzar los objetivos de derechos humanos de la sociedad en su conjunto y no ser discriminatoria. Como indicó James Anaya, no existe un objetivo público válido en un mero fin comercial o un objetivo de obtener beneficios privados o recaudar ingresos³⁹. Habida cuenta de la índole de los efectos de proyectos de desarrollo en gran escala sobre los derechos de pueblos indígenas, en vista de estas restricciones con frecuencia será difícil justificarlos.

39. Recae sobre el Estado la carga de demostrar que la decisión de llevar adelante la actividad tras no haberse obtenido el consentimiento cumple tres criterios excepcionales. En la causa *Tsilhqot'in Nation*, el Tribunal Supremo del Canadá dictaminó que únicamente puede hacerse caso omiso del consentimiento en circunstancias estrictas cuando el Gobierno pueda demostrar que ha cumplido sus obligaciones con respecto a los derechos de los pueblos de que se trate, incluido el derecho procesal de celebrar consultas; la actividad apunte a alcanzar un objetivo apremiante y sustancial desde el punto de vista de la población en general y de la comunidad indígena y no ha de privar sustancialmente a las generaciones futuras de un grupo aborigen de los beneficios de sus tierras y sea aplicable el principio de necesidad y proporcionalidad⁴⁰.

40. La decisión de limitar los derechos de los pueblos indígenas en las circunstancias excepcionales del artículo 46 debe ir acompañada no solo de las salvaguardias necesarias, entre ellas rectificar las cuestiones de equilibrio de poder, hacer evaluaciones del impacto, tomar medidas de mitigación, otorgar una indemnización o distribuir los beneficios, sino también de medidas correctivas que tengan en cuenta la vulneración de derechos. En la causa *Saramaka* se hizo referencia a la necesidad de participar en los beneficios y, en la causa *Endorois*, la Comisión Africana sobre los Derechos de los Hombres y de los Pueblos declaró que cabía entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización equitativa y razonable dimanada de la explotación de tierras de propiedad tradicional y de recursos naturales necesarios para la supervivencia de la comunidad. Naturalmente, en algunos casos, como atentados contra la vida humana, lugares sagrados o prácticas culturales, puede resultar difícil o imposible asignar un valor financiero a la vulneración de derechos. Las tensiones que surjan a este respecto en el seno de comunidades indígenas en el proceso de obtener el consentimiento libre, previo e informado deberán ser resueltas por los propios pueblos indígenas de conformidad con sus propias leyes, tradiciones y costumbres y a través de sus propias instituciones representativas.

41. Habida cuenta de que una actividad o una medida que afecte a un pueblo indígena puede vulnerar sus derechos humanos, debería existir la posibilidad de una revisión judicial o administrativa en el caso de que quisiera impugnar la decisión correspondiente⁴¹. El examen judicial o administrativo debe fundarse en los derechos de los pueblos indígenas enunciados en la Declaración, entre ellos sus derechos a la libre determinación y a una

³⁷ Causas núms. T-769/09 de 29 de octubre de 2009, T-129 de 11 de marzo de 2011 y T-376/12 de 18 de mayo de 2012; véase también Barelli, "Free, Prior and Informed Consent".

³⁸ Véase. *Sarstoon Temash Institute for Indigenous Management v. Belize*, 3 de abril de 2014.

³⁹ S. James Anaya y Sergio Puig, "Mitigating State sovereignty: the duty to consult with indigenous peoples", *University of Toronto Law Journal*, vol. 67, núm. 4 (Autumn 2017).

⁴⁰ Véase la causa *Endorois*.

⁴¹ Véase la declaración formulada por James Anaya en un foro latinoamericano sobre "El papel de las Defensorías del Pueblo en América Latina: el derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas", Lima, 25 de abril de 2013. Se puede consultar en: <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>.

reparación efectiva⁴² y los que les confieren los tratados de derechos humanos, el derecho regional y la legislación interna y las leyes, las costumbres y los protocolos de los propios pueblos indígenas.

3. Mecanismo de documentación, seguimiento, revisión y recurso para el consentimiento libre, previo e informado

42. El consentimiento libre, previo e informado debe ser documentado, de manera de dejar constancia de los pasos que se hayan seguido para obtenerlo y de la esencia del acuerdo concertado por las partes, de conformidad con las normas consuetudinarias y los métodos tradicionales de toma de decisiones de los pueblos indígenas y con inclusión de las opiniones discrepantes y las subordinadas a condiciones. Las directrices o los modelos para obtener el consentimiento libre, previo e informado que establezcan Estados o entidades privadas no deben prevalecer sobre los protocolos de la comunidad o las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas para recoger acuerdos o dejar constancia de ellos.

43. Las formas de expresar el consentimiento pueden consistir, por ejemplo, en tratados, acuerdos o contratos. A menudo se deja constancia de las cláusulas en un memorando de acuerdo o entendimiento u otro documento satisfactorio para los pueblos indígenas. Deben ofrecerse servicios de traducción cuando sean necesarios. Además, los pueblos indígenas deben tener la posibilidad de consentir en cada uno de los aspectos de una propuesta o proyecto. No se ha de considerar que cumpla los criterios una declaración de consentimiento en general o limitada que, por ejemplo, no tenga expresamente en cuenta las distintas etapas de desarrollo o todo el alcance o los efectos del proyecto. El consentimiento debe ser continuo y hay que indicar expresamente las posibilidades de que las partes lo revisen o prorroguen y los requisitos para ello.

44. Los acuerdos relativos al consentimiento deben incluir exposiciones detalladas del proyecto, su duración y sus posibles efectos sobre el pueblo indígena, con inclusión de sus tierras, medios de sustento, recursos, culturas y entornos (véase A/HRC/24/41, párr. 73), disposiciones relativas a la mitigación, la evaluación y el resarcimiento de los daños causados a esos recursos, cláusulas por las cuales los pueblos indígenas queden exentos de responsabilidad por los perjuicios causados a otros en sus tierras, métodos y foro para la solución de controversias, acuerdos detallados de participación en los beneficios (que incluyan inversiones, participación en los ingresos, empleo e infraestructura) y un cronograma de los resultados que incluya posibilidades de negociar el mantenimiento de las condiciones y los permisos. A título de mejor práctica, el consentimiento, cualquiera que sea su forma, debe incluir una descripción detallada del proceso de notificación, consulta y participación que lo precedió.

45. El consentimiento libre, previo e informado, en su carácter de proceso dinámico, debe también ser objeto de un seguimiento y evaluación periódicos. Los acuerdos deben “incluir mecanismos para la participación en el seguimiento” (*ibid.*). El Comité de Expertos de la OIT en la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones destaca la necesidad de “realizar una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los pueblos de que se trate”, a fin de continuar aumentando su eficacia⁴³. Debe incluir también mecanismos de recurso de fácil acceso para las controversias y los agravios, concebidos con la participación efectiva de los pueblos indígenas y que incluyan la revisión judicial.

IV. Estudio de las prácticas en materia de consentimiento libre, previo e informado

46. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) son complementarios y se respaldan entre sí; ambos son citados por órganos judiciales y cuasijudiciales. Como destacó la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos

⁴² Véase *Poma Poma c. el Perú*.

⁴³ Observación núm. 2010/81 de la OIT, pág. 7.

indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, tras una visita a Guatemala, “el cumplimiento de las obligaciones que impone el Convenio núm. 169 de la OIT no se limita a reglamentar el derecho a consulta, sino que requiere la aplicación de toda la variedad de derechos que consagra ese instrumento”⁴⁴.

47. La Declaración, así como sus requisitos en materia de consentimiento libre, previo e informado, tiene como fundamento el derecho a la libre determinación, que no ocupaba necesariamente un lugar central en el Convenio de la OIT cuando este fue redactado en 1971. Los trabajos preparatorios de ese Convenio parecen indicar que no se tenía específicamente en cuenta el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Como consecuencia, el requisito que enuncia la Declaración va más allá del requisito de consulta fijado en el Convenio, al menos en la forma en que lo han interpretado algunos Estados y otras entidades, como en América Latina, continente en que el Convenio de la OIT ha obtenido la ratificación más amplia⁴⁵. Ahora bien, por más que el Convenio de la OIT emplee términos distintos de “consentimiento libre, previo e informado”, existen elementos de los requisitos para el consentimiento⁴⁶ que no obstaría a un enfoque sustantivo basado en él. El Comité de Derechos Humanos, observando que la protección de los derechos humanos evoluciona⁴⁷, ha declarado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos debe ser interpretado como un instrumento vivo y que los derechos que protege deben aplicarse en su contexto y a la luz de las condiciones del momento. De aplicarse al Convenio de la OIT un enfoque similar, se podría ampliar una interpretación que algunos tan tal vez consideran demasiado estrecha.

48. En lo que respecta al consentimiento, el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) no puede interpretarse en forma aislada de la Declaración y otros instrumentos internacionales. Como destacó la OIT, las diferencias en la condición jurídica de la Declaración y del Convenio de la OIT no deben incidir en forma alguna en la labor práctica de la OIT y otros organismos internacionales para promover los derechos humanos de los pueblos indígenas... Las disposiciones del Convenio núm. 169 y de la Declaración son compatibles y se refuerzan unas a las otras⁴⁸. La Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, también afirma que el Convenio de la OIT no es la única fuente de obligaciones legales con respecto a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado (véase A/HRC/33/42/Add.1, párr. 98 b)). Las obligaciones del Estado de consultar a los pueblos indígenas dimanar también de instrumentos universales y regionales de derechos humanos de aplicación general y de la jurisprudencia sobre la interpretación de esos instrumentos hecha por mecanismos de supervisión. La interpretación del Convenio de la OIT podría alinearse con el consenso que va surgiendo en los órganos de derechos humanos en cuanto a que el consentimiento libre, previo e informado impone requisitos de fondo y de procedimiento, incluido el consenso que se va formando en derecho internacional de que los proyectos de desarrollo en gran escala que afecten a los pueblos indígenas en muchos casos darán lugar a requisitos relativos al consentimiento libre, previo e informado. La opinión de la Relatora Especial se refleja en el artículo 35 del Convenio de la OIT, según el cual “[la] aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales”.

49. En el sector privado, el consentimiento libre, previo e informado se está convirtiendo en norma internacional para las empresas que operan en tierras indígenas. En

⁴⁴ Véase www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23068&LangID=E.

⁴⁵ *Ibid.*; véase también “Observaciones adicionales sobre Honduras, 9 de junio de 2017”. Se puede consultar en: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/special/2017-06-09-honduras-unsr-additional-observations.pdf>.

⁴⁶ Véase S. J. Rombouts, “The evolution of indigenous peoples’ consultation rights under the ILO and UN regimes”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 53, núm. 2 (Spring 2017).

⁴⁷ Véase *Judge c. el Canadá* (CCPR/C/78/D/829/1998), párr. 10.7.

⁴⁸ “ILO standards and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Information note for ILO staff and partners”, se puede consultar en: <http://pro169.org/res/materials/en/convention169/Information%20Note%20on%20ILO%20standards%20and%20UNDRIP.doc>.

noviembre de 2014, First Peoples Worldwide publicó el “Indigenous Rights Risk Report”⁴⁹, en que llegaba la conclusión de que el 89% de los proyectos evaluados estaba expuesto a un riesgo alto o mediano de ser objeto de oposición por parte de la comunidad indígena o de vulnerar derechos de los pueblos indígenas y que los Gobiernos que no cumplían las obligaciones que les impone la Declaración, muchas veces con el argumento de que constituían obstáculos al desarrollo, en la práctica propagaban entornos inestables que ponían en peligro la viabilidad de las inversiones en sus países. Muchas entidades, tales como las industrias extractivas, son conscientes de los riesgos que entraña no tratar de obtener un consentimiento libre, previo e informado y han procurado establecer sus propios protocolos en la materia.

50. Existen numerosas publicaciones que indican los fundamentos comerciales para obtener el consentimiento libre, previo e informado⁵⁰ y que, entre 2012 y 2015, un número más alto de empresas habían adoptado una política en que se comprometían a obtener ese consentimiento; en un informe de Oxfam se llegaba a la conclusión de que “las empresas del sector de las industrias extractivas eran cada vez más conscientes de cuán importante era el consentimiento libre, previo e informado para sus operaciones”⁵¹. En una guía para las empresas, preparada por el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, se equiparaba el consentimiento a una licencia social formal y documentada para las operaciones y se indicaba que los pueblos indígenas tenían el derecho a dar o a no dar su consentimiento y, en algunas circunstancias, a revocar el que ya hubiesen dado⁵². Así, por ejemplo, entre 1975 y 2015 las Primeras Naciones concertaron acuerdos formales sobre los beneficios con respecto a 198 proyectos mineros en el Canadá; sin embargo, esos acuerdos a veces tienen lugar en el marco de un proyecto que las Primeras Naciones no quieren, pero al que creen que no pueden oponerse.

51. Por lo menos una tercera parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible están relacionados con los derechos enunciados en la Declaración⁵³ y varios de ellos han sido relacionados con el consentimiento libre, previo e informado⁵⁴. Malasia, en su informe nacional voluntario de 2017, indicaba en relación con el Objetivo 15 (Vida de ecosistemas terrestres) el de incluir a las comunidades indígenas y locales en la ordenación de los recursos naturales y el reconocimiento de su derecho a dar o no dar el consentimiento a proyectos propuestos que afecten a sus tierras. Los pueblos indígenas exigen el reconocimiento del consentimiento libre, previo e informado en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para tener en cuenta sus circunstancias diferentes con miras a que “nadie quede atrás”.

52. El artículo 8 j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, según el cual el acceso a los conocimientos tradicionales está sujeto a la aprobación y participación de los titulares de ellos, ha sido sistemáticamente interpretado como una forma de “consentimiento previo e informado” y de “consentimiento libre, previo e informado”, como se corrobora en las Directrices Voluntarias Akwé: Kon. El Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica establece que el acceso a los conocimientos tradicionales relacionado con los recursos genéticos se basa en el “consentimiento previo informado” o “la aprobación y participación” y en una participación equitativa en los beneficios. El Fondo Verde para el Clima ha formulado su propia interpretación del consentimiento libre, previo e informado sobre la base de la Declaración. El artículo 29 de la Declaración constituye también la base para la revisión del Código Internacional de Conducta sobre la Distribución y la Utilización de Plaguicidas, aprobada

⁴⁹ Se puede consultar en: <https://mahb.stanford.edu/wp-content/uploads/2014/12/Indigenous-Rights-Risk-Report.pdf>.

⁵⁰ Por ejemplo, *Implementing a Corporate Free, Prior, and Informed Consent Policy: Benefits and Challenges* (Foley-Hoag LLP, julio de 2010) y Boreal Leadership Council, *Free, Prior and Informed Consent in Canada* (septiembre de 2012).

⁵¹ Véase www.oxfam.org/en/pressroom/pressreleases/2015-07-23/global-mining-companies-improve-policies-community-consent-while.

⁵² Véase www.unglobalcompact.org/library/541, pág. 28.

⁵³ Véase http://nav.indigenousnavigator.com/images/Documents/Tools/Navigator_UNDRIP-SDGs.pdf.

⁵⁴ Objetivos 3, 6, 8, 9, 11 y 15.

por el Consejo Internacional de Tratados Indios, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y otros órganos.

53. La Norma de Desempeño 7 de la Corporación Financiera Internacional, relativa a los pueblos indígenas (2012), subordina el financiamiento para el sector privado a que en ciertas circunstancias se documente el consentimiento. La obtención del consentimiento libre, previo e informado constituye también uno de los nueve principios fundamentales que orientan las actividades del Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola con pueblos indígenas. El nuevo estándar ambiental y social 7, aprobado por el Banco Mundial en agosto de 2016, está más alineado con un enfoque de la consulta basado en los derechos humanos que su predecesor (la política operativa 4.10) y dispone que los prestatarios lleven a cabo consultas con órganos y organizaciones representativos de los pueblos indígenas. De esta manera quedan incluidas en las consultas las organizaciones indígenas cuyas tierras y recursos pueden verse perjudicados⁵⁵. La edición de 2013 de los Principios del Ecuador, un marco para la gestión del riesgo aprobado por 80 instituciones financieras, indica expresamente que en los proyectos que tengan efectos negativos para los pueblos indígenas será necesario que estos den su consentimiento libre, previo e informado.

54. En todo caso, y a pesar de que las instituciones financieras y el sector privado han reconocido el principio del consentimiento libre, previo e informado, la experiencia de los pueblos indígenas indica que subsisten problemas en su puesta en práctica. La obtención del consentimiento libre, previo e informado se considera a veces una cuestión de procedimiento y no de derechos humanos. A veces se cree que se trata de un gesto de buena voluntad con los pueblos indígenas y puede llegar a servir intereses de terceros en lugar de proteger los intereses de los titulares de los derechos. Un debate en torno al primer proyecto del Fondo Verde para el Clima en Perú en 2015, “PROFONANPE”, por ejemplo, indica que no se entienden las consecuencias prácticas del consentimiento libre, previo e informado ni las cuestiones relativas a la participación y consulta plenas y efectivas de los pueblos indígenas⁵⁶. También subsisten cuestiones acerca de la aplicación del consentimiento libre, previo e informado en la forma en que lo reconoce ahora el Banco Mundial en su estándar de desempeño 7; esta norma en caso alguno debe reducir el grado de protección que se ha logrado para los pueblos indígenas⁵⁷.

55. Se han planteado algunas inquietudes acerca de las muchas directrices sobre el consentimiento libre, previo e informado, entre ellas la de que los términos empleados suelen ser imprecisos y a veces introducen factores de ambigüedad con respecto, por ejemplo, al momento en que deben hacerse las evaluaciones de impacto o en que deben comenzar las consultas. A veces estas directrices no se refieren a la situación en que los pueblos indígenas quieren definir su propio proceso de consentimiento y controlar elementos de las evaluaciones de impacto. Por otra parte, a veces hay falta de claridad para el caso en que no se dé el consentimiento.

56. A los efectos de que las instituciones financieras y el sector privado puedan alinear mejor sus normas con los derechos protegidos en la Declaración, es necesario formular y aprobar estrictas salvaguardias sociales y ambientales, una política para los pueblos indígenas basada en las normas internacionales de derechos humanos y en la Declaración y mecanismos efectivos de supervisión y cumplimiento, así como cerciorarse de que los pueblos indígenas participen en todo el proceso. Incumbe a los Estados la obligación de hacer realidad los derechos de los pueblos indígenas, por lo que sus obligaciones de derechos humanos no se pueden delegar a una empresa privada u otra entidad (véase A/HRC/12/34) y siguen siendo responsables de cualquier deficiencia en el proceso.

⁵⁵ Otras organizaciones internacionales y regionales que han incorporado en sus normas y programas sobre los pueblos indígenas el consentimiento libre, previo e informado son el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento.

⁵⁶ Véase www.forestpeoples.org/en/topics/un-framework-convention-climate-change-unfccc/publication/2015/green-climate-fund-and-fpic-ca.

⁵⁷ Véase <http://indianlaw.org/mdb/world-bank-approves-indigenous-peoples-policy>.

57. Los pueblos indígenas están estableciendo también sus propios protocolos para el consentimiento libre, previo e informado, especialmente en América del Norte y América Latina, con inclusión de Belice, Bolivia (Estado Plurinacional de), el Brasil, el Canadá, Colombia, Guatemala, Honduras, el Paraguay, Suriname y los Estados Unidos de América. Estos protocolos son un instrumento importante para preparar a los pueblos indígenas, los Estados y otras partes a fin de participar en un proceso de consulta o de consentimiento libre, previo e informado al enunciar cómo, cuándo, por qué y con quién se ha de consultar. El establecimiento de estos protocolos es un instrumento que da poder a los pueblos indígenas y guarda estrecha relación con sus derechos a la libre determinación, la participación y el establecimiento y mantenimiento de sus propias instituciones de toma de decisiones (véase A/HRC/EMRIP/2010/2). El derecho a ser consultados “por medio de sus instituciones representativas”, que se menciona en varios artículos relativos al consentimiento libre, previo e informado, da a entender la seriedad con que deben ser reconocidos. En algunos casos estos protocolos han sido reconocidos por el Estado (Brasil, por ejemplo)⁵⁸ y en otros por el Banco Mundial (Belice). En enero de 2018, un Tribunal Federal del Estado de Amazonas en el Brasil exigió que se cumpliera el requisito del consentimiento libre, previo e informado en el caso del pueblo Waimiri Atroari con respecto a cualquier ley o plan de desarrollo que les afectara, así como a actividades militares en sus tierras⁵⁹.

58. Muchos Estados han comenzado a adoptar legislación, prácticas y directrices sobre la consulta y la obtención del consentimiento. En los Estados Unidos, varias leyes federales exigen la consulta con respecto a, por ejemplo, sitios sagrados, el patrimonio cultural o restos humanos de los pueblos indígenas. En algunos casos, organismos federales han adoptado la Declaración⁶⁰ o concertado acuerdos con pueblos indígenas respecto de estas cuestiones⁶¹. En América Latina hay Estados que han promulgado o están considerando la posibilidad de promulgar leyes sobre la consulta con pueblos indígenas. Recientemente se ha establecido en Costa Rica un mecanismo general de consulta dirigido a obtener el consentimiento libre, previo e informado⁶². En el supuesto de que se tomen las medidas necesarias para llevarlo a la práctica, cabe esperar que se aproveche como buena práctica para otros Estados. Existen también leyes, prácticas o directrices en, entre otros, la Argentina, el Canadá, Chile, el Ecuador, los Estados Unidos, Filipinas, Finlandia, Guatemala, México, el Perú y Venezuela (República Bolivariana de). Algunos Estados están preparando protocolos sobre el consentimiento libre, previo e informado, como la República Democrática del Congo, Chile, Honduras, el Paraguay y Suriname. La formulación de alguna de estas leyes no ha dejado de suscitar críticas (véase E/CN.4/2004/80/Add.2, A/HRC/27/52/Add.3 y A/HRC/33/42/Add.2). En una nota consultiva de 2018, el Mecanismo de Expertos destacó algunos de los requisitos que debían enunciarse en esas leyes para que el consentimiento fuera libre, previo e informado, entre ellos, recursos suficientes, igualdad y un mecanismo de seguimiento de los acuerdos⁶³. En el curso de la misión de cooperación técnica que efectuó a México D.F., el Mecanismo expresó su satisfacción por la inclusión del consentimiento libre, previo e informado en la Constitución de la Ciudad de México, aprobada en enero de 2017.

59. No existe en Colombia una ley que regule el consentimiento libre, previo e informado. Sin embargo, entre 1991 y 2012 han tenido lugar unas 156 consultas⁶⁴ en cumplimiento de obligaciones enunciadas por la Corte Constitucional (véase el párrafo 37

⁵⁸ El Gobierno del estado y el Gobierno federal están utilizando el protocolo para el consentimiento en las consultas con los Wajãpi en el caso de la ampliación de un asentamiento no indígena vecino a las tierras de los Wajãpi en el estado de Amapá.

⁵⁹ Véase www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/decisao-liminar-acp-waimiri-atroari-ditadura (en portugués).

⁶⁰ Véase www.achp.gov/UNdeclaration.html.

⁶¹ Véase Robert J. Miller, “Consultation or consent: the United States duty to confer with American Indian governments”, *North Dakota Law Review*, vol. 91 (2015).

⁶² Véase www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=77482&nValor3=97132&strTipM=TC.

⁶³ Se puede consultar en: www.ohchr.org/EN/IPeoples/EMRIP/Pages/Session11.aspx.

⁶⁴ Véase la presentación de Garavito y Díaz.

supra). En ellas, los pueblos indígenas se han opuesto a tres de los diez casos⁶⁵ y en el 95% de los proyectos y las actividades de desarrollo se llegó a un resultado favorable⁶⁶. Un reciente proceso de consulta en Colombia, que culminó en un decreto para la protección de un pueblo aislado, parece haber constituido una buena práctica al haber incluido un diálogo con organizaciones indígenas y comunidades cercanas a grupos aislados⁶⁷. Sudáfrica no tiene un mecanismo, pero se han llevado a cabo con buenos resultados consultas y procedimientos de consentimiento con arreglo al Protocolo de Nagoya. En la Federación de Rusia, a nivel subnacional los pueblos indígenas tienen derecho a “evaluaciones del impacto etnológico” antes de que se llegue a una decisión sobre una actividad económica o de otra índole prevista y a poder consultar los resultados y las recomendaciones; sin embargo, únicamente las empresas internacionales cumplen con este procedimiento en razón de la falta de una normativa y de claridad legal acerca de quién puede representar a los pueblos indígenas en las negociaciones⁶⁸.

60. Suscitan preocupación, por otra parte, algunas de las leyes y prácticas sobre consentimiento libre, previo e informado que están apareciendo en el mundo. Así, algunas leyes sobre consulta han sido formuladas, y esto no solo es irónico sino también problemático, sin consultar a los pueblos indígenas. Otras inquietudes consisten en que los textos se refieren en forma estrecha a las obligaciones que impone el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) y no a las que impone la Declaración de las Naciones Unidas ni a obligaciones internacionales de derechos humanos y se centran en las etapas de procedimiento de un proceso de consulta, sin asegurar la participación genuina de los pueblos indígenas afectados ni la protección genuina de sus derechos, así como que no se tienen en cuenta los problemas estructurales que vulneran los derechos de los pueblos indígenas. Muchas veces el derecho a consulta no se ha plasmado en una ley que garantice su cumplimiento y no se ha aclarado qué condiciones son necesarias para constituir consentimiento.

61. Los pueblos indígenas también plantean inquietudes acerca de la “fatiga de consulta”; el consentimiento “fabricado”; los límites impuestos a la consulta; la falta de un entendimiento común de las normas internacionales relativas al consentimiento libre, previo e informado; un aumento de la injerencia de las industrias extractivas y la falta de un cambio estructural para asegurar el consentimiento libre, previo e informado a nivel institucional. Estos problemas no solo perjudican a los pueblos indígenas, cuyos derechos suelen desestimarse en los planes de desarrollo, sino que también dan lugar a paros laborales, protestas, litigios y otros problemas con consecuencias políticas y financieras negativas tanto para los Estados como para la industria⁶⁹. Por todas estas razones está cobrando urgencia la necesidad de mecanismos efectivos para poner en práctica el principio del consentimiento libre, previo e informado. La falta de mecanismos reguladores basados en los derechos, en que se defina la forma de proceder a una consulta, invita a interpretaciones contradictorias de las medidas y los proyectos que deben ser precedidos de procedimientos de consulta y requieren consentimiento.

62. Las instituciones nacionales de derechos humanos aportan una importante contribución a la puesta en práctica del consentimiento libre, previo e informado. En su calidad de órganos que actúan en forma independiente del Gobierno, y en vista de que algunas tienen especialización en el campo de los pueblos indígenas, pueden desempeñar muchas funciones en el contexto del consentimiento y efectivamente lo hacen. Por ejemplo,

⁶⁵ Véase la presentación de Gerber.

⁶⁶ Véase la presentación de la institución nacional de derechos humanos de Colombia.

⁶⁷ Véase <http://opiac.org.co/los-pueblos-indigenas-de-la-amazonia-colombiana-celebramos-la-firma-del-decreto-de-proteccion-para-pueblos-indigenas-aislados/>.

⁶⁸ Véase la presentación de Novikova (en ruso).

⁶⁹ En América del Norte, el fracaso de las consultas relativas a situaciones de desarrollo en que se utilizaban tierras y recursos tradicionales de los pueblos indígenas ha dado lugar a años de costosos litigios, protestas y demoras, aunque finalmente los proyectos se aprueben. Véase, por ejemplo, *Standing Rock Sioux Tribe v. United States Army Corps of Engineers*, 255 F.Supp.3d 101 (D.D.C. 2017); y *Ktunaxa Nation v. British Columbia*, 2 S.C.R. 386 (2017). En el contexto de las industrias de extracción, algunas fuentes indican que los paros laborales pueden llegar a costar más de un millón de dólares al día.

en la Argentina, la institución nacional de derechos humanos intervino en un proyecto de ArSat Telecomunicaciones en el que desempeñó diversas funciones, entre ellas la de coordinadora de todo el proceso, facilitadora y garante del cumplimiento del marco legal. Su participación incluyó un proceso de consulta abierta en el que se superaron tres años de estancamiento. En la República Bolivariana de Venezuela, la institución nacional de derechos humanos promueve la aplicación de mecanismos de consulta previa, se asegura de que el derecho a consulta se incorpore en la legislación y lleva a cabo actividades que promueven el derecho a la consulta previa.

Anexo

Opinión núm. 11 del Mecanismo de Expertos sobre los pueblos indígenas y el consentimiento libre, previo e informado

1. Las Naciones Unidas constituyen un importante foro para facilitar las negociaciones con los Estados acerca del consentimiento libre, previo e informado. En la medida en que las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el Banco Mundial, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), abordan cuestiones relativas a los pueblos indígenas, se dan cuenta de que los derechos humanos expresados en la Declaración son en general aplicables en todos esos contextos. En particular, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos está negociando actualmente varios instrumentos multilaterales sobre conocimientos tradicionales, recursos genéticos, expresiones culturales tradicionales y otras formas de propiedad intelectual y cultural. En la negociación y redacción de esos instrumentos, la OMPI y los Estados Miembros deberían hacer referencia a la Declaración y, en particular, al principio del consentimiento libre, previo e informado con respecto a la titularidad, utilización y protección de la propiedad intelectual y otros recursos de los pueblos indígenas.

2. Los Estados deben aplicar un enfoque basado en los derechos humanos para el consentimiento libre, previo e informado, entre otras cosas, promoviendo la capacitación de autoridades y funcionarios del Estado, con inclusión de jueces y legisladores. Habida cuenta de que las autoridades a nivel local y subnacional en muchos casos están más cerca de las cuestiones indígenas y son más sensibles a ellas, habría que impartir a los funcionarios y los empleados de compañías locales instrucciones más precisas acerca del consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados deben establecer uno o más mecanismos apropiados a nivel nacional, de preferencia a nivel constitucional o legislativo, para regular las consultas en las situaciones en que el consentimiento libre, previo e informado es necesario o constituye el objetivo. El mecanismo debería incluir remisiones a la Declaración. Para establecer ese mecanismo se necesita un proceso de consulta con los pueblos indígenas en un contexto de confianza y buena fe, acompañado del establecimiento de instituciones adecuadas para llevarlo a la práctica en que trabajen funcionarios bien capacitados y para el cual haya fondos suficientes. Ese mecanismo podría también encargarse de la supervisión.

4. Los Estados deben entablar contactos directos con los pueblos indígenas. Cuando son estos pueblos quienes tratan de entablar negociaciones directas con empresas privadas, estas deben ejercer la debida diligencia para cerciorarse de que los procedimientos de consulta sean adecuados. Los Estados siguen siendo responsables en caso de que la consulta no sea adecuada y deben asegurarse de que existan medidas para supervisar y evaluar los procedimientos que lleven a cabo las empresas comerciales, lo que puede incluir leyes o directrices que exijan llevar a la práctica el consentimiento libre, previo e informado y establezcan sanciones para las empresas que no lo cumplan.

5. Los Estados deben establecer condiciones previas para lograr el consentimiento libre, previo e informado, entre ellas que haya confianza, buena fe, métodos culturalmente adecuados de negociación y reconocimiento y respeto de los derechos inmanentes de los pueblos indígenas. El proceso debe ser formal y llevarse a cabo en un entorno de respeto mutuo.

6. Los Estados deben asegurarse de que el objetivo de las consultas sea siempre el consentimiento, teniendo presente que en algunos casos este será necesario. Las consultas deben comenzar en la etapa de planificación (esto es, antes de que el Estado o la empresa se comprometan a llevar a cabo un determinado proyecto o adoptar una determinada medida,

como la concesión de una licencia para un proyecto) de manera que los pueblos indígenas puedan tener influencia en las decisiones definitivas. Las medidas objeto de la consulta tienen que ser claras. Tiene que haber consultas durante toda la marcha del proyecto que entrañen una “comunicación constante entre las partes”¹ y no deben confundirse con una audiencia pública para la discusión de leyes ambientales o reguladoras.

7. Los Estados deben asegurarse de que se presente a los pueblos indígenas toda la información, incluida la relativa al posible impacto del proyecto o medida, en forma que sea comprensible para ellos, culturalmente apropiada, conforme a sus tradiciones inherentes e independiente. De ser necesario, también debe presentarse verbalmente y en lenguas indígenas.

8. Los Estados deben asegurarse de que sus órganos tengan capacidad institucional y voluntad política para entender el significado del proceso dirigido a obtener el consentimiento libre, previo e informado y, entre otras cosas, de que respeten los protocolos indígenas existentes.

9. Los Estados deben asegurarse de que los pueblos indígenas tengan recursos y capacidad para participar efectivamente en los procesos de consulta y, a esos efectos, respaldar el desarrollo de sus propias instituciones, sin por ello poner en peligro su independencia. Los Estados y el sector privado deben promover y respetar los protocolos de los pueblos indígenas como medio esencial de preparar al Estado, a terceros y a los pueblos indígenas para entablar consultas y cooperar y para que las consultas tengan lugar sin contratiempos.

10. Los Estados deben velar por la igualdad durante todo el proceso y asegurarse de que se tenga en cuenta y mitigue el desequilibrio de poder entre el Estado y los pueblos indígenas contratando, por ejemplo, facilitadores independientes para las consultas y estableciendo mecanismos de financiación que permitan a los pueblos indígenas contar con asistencia y asesoramiento técnicos independientes.

11. Los Estados deben entablar amplios contactos con todos los pueblos indígenas en los que pueda repercutir el proyecto o la medida y celebrar consultas con ellos a través de sus propias instituciones representativas de toma de decisiones y se alienta a las poblaciones indígenas a incluir en esas instituciones a mujeres, niños, jóvenes y personas con discapacidad, teniendo presente que en las estructuras de gobernanza de algunas comunidades indígenas pueden predominar los hombres. En esas consultas hay que tratar de entender los efectos concretos para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas.

12. Los Estados deben asegurarse de que el proceso de consentimiento libre, previo e informado respalde la formación de un consenso en la comunidad de los pueblos indígenas y evitar las prácticas que pueden causar divisiones, especialmente cuando esos pueblos están en situación de vulnerabilidad, como penurias económicas. A este respecto, hay que prestar especial atención a los pueblos indígenas que representen distintos sectores de la comunidad, con inclusión de las comunidades dispersas y los pueblos indígenas que ya no estén en posesión de sus tierras y se hayan trasladado a zonas urbanas.

13. Los Estados deben asegurarse de que no se consideren actividades que puedan repercutir en los derechos de los pueblos indígenas que vivan en aislamiento voluntario. Cuando sea necesario realizar actividades respecto de un pueblo para asegurar su bienestar o que sean inevitables, deberán cumplirse las salvaguardias regionales y de las Naciones Unidas que procedan.

14. Se alienta a los pueblos indígenas a establecer sólidos mecanismos de representación y leyes, costumbres y protocolos sobre el consentimiento libre, previo e informado. Al comienzo de un proceso de consulta, los pueblos indígenas deben llegar a un acuerdo acerca de la forma en que tomarán una decisión colectiva y dejar en claro cómo lo harán, incluido el umbral que indicará la existencia de consentimiento (véase A/HRC/21/55).

¹ Causa *Saramaka*, párr. 133.

15. Los Estados deben asegurarse de que los pueblos indígenas tengan oportunidad de participar en los procesos de evaluación del impacto (en los derechos humanos, ambiental, cultural y social) que han de tener lugar antes de la propuesta. Esas evaluaciones deben ser objetivas e imparciales.
16. Los Estados deben evitar medidas o proyectos que puedan causar un perjuicio importante al pueblo indígena, incluido un perjuicio acumulativo en razón de formas competitivas de uso de la tierra.
17. Los Estados deben consultar a los pueblos indígenas y cooperar con ellos a fin de establecer procedimientos para regular, verificar y supervisar el proceso de consulta, asegurarse de que consulten y cooperen para obtener un consentimiento libre, previo e informado y, si el consentimiento es necesario, asegurarse de que se obtenga.
18. Los Estados deben asegurarse de que se confirmen y hagan cumplir los tratados y otros acuerdos o arreglos constructivos en que se reconozca la jurisdicción de los pueblos indígenas o sus atribuciones para tomar decisiones.
19. Los Estados que hayan ratificado el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) deben interpretar y aplicar sus disposiciones en materia de consulta y consentimiento libre, previo e informado de conformidad con otras normas aplicables, en particular la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia que se está sentando, incluida la de mecanismos regionales de derechos humanos.
20. Los Estados deben asegurarse de que cuando proceda, se proporcione a los pueblos indígenas un resarcimiento que puede incluir la restitución y que estos puedan tomar sus propias decisiones acerca de la forma de resarcimiento más apta para restablecer y proteger sus derechos. Ello puede hacerse mediante mecanismos culturalmente adecuados de reparación que tengan en cuenta el derecho consuetudinario. Los Estados no deben limitar la reparación a una indemnización pecuniaria o excluir arbitrariamente la posibilidad de devolver o restablecer tierras. En la medida de lo posible, el resarcimiento debe ser en forma de tierras y territorios².
21. Los Estados deben asegurarse de que los pueblos indígenas que hayan perdido contra su voluntad la posesión de sus tierras o estas les hayan sido confiscadas, tomadas, ocupadas o dañadas sin su consentimiento libre, previo e informado tengan derecho a la restitución u otra reparación adecuada (Declaración, art. 28). Si se acepta una indemnización consistente en beneficios financieros directos por los efectos adversos del proyecto, los pueblos indígenas deben recibir esos beneficios hayan o no sido propietarios de la tierra o los recursos. A estos efectos tal vez sea necesario modificar la legislación.
22. Los Estados deben asegurarse de que los acuerdos sobre consentimiento consten por escrito e incluyan, entre otras cosas, disposiciones sobre mitigación del impacto, indemnización y distribución equitativa de los beneficios del proyecto; disposiciones sobre administración conjunta; procedimientos en caso de agravio y un mecanismo de solución de controversias en que las dos partes participen en igualdad de condiciones. Debe garantizarse que las reclamaciones de los pueblos indígenas serán sometidas a la justicia.
23. Los Estados, tal como se comprometieron en la Declaración de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas, deben facilitar y apoyar los procesos dirigidos a formular planes de desarrollo a largo plazo en colaboración y cooperación con los pueblos indígenas, con inclusión de planes de acción nacional³.

² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 23.

³ Véase la resolución 69/2 de la Asamblea General .